

仕事完成前の注文者の解除

——信頼関係破壊法理と任意解除権の流用——

原 田 剛

第一 はじめに

第二 最近の下級審の裁判例

第三 請負契約と信頼関係破壊法理

第四 任意解除権の流用

第五 結びに代えて

第一 はじめに

一 請負人は、注文者との間で合意した仕事を完成する義務を負い、完成した仕事有形物の場合には、さらに仕事を注文者に引き渡す義務を負う（民法第六三二条）。このように、請負契約においては、請負人の仕事完成義務が先履行義務として措定されている。^{（一）}それゆえ、仕事完成前においても、請負人の仕事完成義務に関して

仕事完成前の注文者の解除

二七五

債務不履行が生じうることとなる。典型的・類型的には、請負人が、仕事に着手しない場合、仕事を途中で中止した場合、請負人が契約内容通りに仕事をしないことが判明した場合などが、挙げられる。⁽²⁾

この点で、仕事完成後において、とりわけ仕事の目的物に瑕疵が存在する場合の問題処理に関して、請負契約と売買契約とを同様に処理しようとする傾向にあるとしても、仕事完成前における請負人の仕事完成義務に関する、注文者と請負人との関係は、売買契約には類型的に予定されていない、請負契約に独自の問題領域である。もっとも、請負人は、完成した仕事の結果に対して責任を負うものであり、先履行義務である仕事完成義務をどのようにして遂行するかについては、もっぱら請負人の裁量に任されていて、注文者は、仕事をどのように完成するか、ということについて指図することはできない、というのが請負契約の理念型である。

それゆえ、このような枠組においては、請負契約によって達成しようとする債権者としての注文者の利益は、原則として、仕事の結果に対して請負人が責任を負うことを前提に、仕事完成後における瑕疵担保責任（民法第六三四条～第六四〇条）において確保されている、といえなくもない。しかし、たとえば建築請負に代表されるように、仕事の完成までに一定の期間を要し、かつその報酬額が多額であるような場合、注文者としては、請負人の仕事完成までの間、請負人の専門性とも相俟って、容易に指図ができないとしても、前述のような明白な不履行の場合を措き、まったく請負人を信頼して、いわば何も手出しができないということを、法的にもリジッドに前提とすることは、却って、契約によって達成しようとする注文者の利益を損なう結果となる場合が存在することも否定できない。その最も極限的な場合が、注文者が、専門知識、技術ないしは資産などに関し、請負人に疑念を抱き、彼に対する信頼を失い、請負契約を解消したいと考える場合である。もっとも、請負人に対する注

文者の疑念が、規範的観点からして正当でない場合があることも否定できない。そこで、このような場合における注文者と請負人との間の利益調整はいかにあるべきか、という問題が浮上する。本稿は、このような問題意識のもとに、仕事完成前に注文者が請負人の仕事完成義務に対して不安ないし疑問を抱き、契約を解除する場合における両者の法律関係をどのように構築すべきか、を探究しようとするものである。以下、若干の敷衍をしておこう。

二 請負人の仕事完成前に注文者が請負契約を解除しうる場合として、民法典は二つの場合を予定している。それらは、請負人の仕事の内容や方法が当事者の合意と異なっているなど、請負人の不完全履行を理由とする場合（民法第四一五条、同第五四一条、同第五四三条）、および、注文者の任意解除権（民法第六四一条）、である。⁽⁵⁾ 不完全履行による解除は、請負人の債務不履行を理由とするものであるから、解除が認められた場合、注文者はさらに損害賠償の請求をもちしうることとなる（民法第五四五条第三項参照）。これに対し、任意解除権の行使による解除は、請負人の債務不履行を必要とするものではなく、何ら特別の理由を必要とすることなく契約を解除しうるものの、⁽⁷⁾ 解除した注文者は、請負人に対して損害を賠償しなければならない。それゆえ、これら二つの解除は、その効果に着目すると、不完全履行を理由とする解除の場合には注文者側に損害賠償請求権があるのに対し、注文者の任意解除権による場合には請負人側に損害賠償請求権がある点において、両者は、決定的に異なり、対極にある。この問題は、後の裁判例における検討において明らかのように、注文者が請負人の債務不履行を理由として契約の解除を主張したものの、請負人側から、注文者の解除は任意解除権の行使である旨主張される場合に、最も先鋭化する。

すなわち、これらの解除は、その要件および効果において、注文者あるいは請負人に一方的なものとなっていて、前述のように、注文者の解除がいずれによるものであるのか、によって、とりわけその効果に大きな違いが生じることになる。この点をどのように考えるべきなのだろうか。より具体的には、注文者は、以上二つの解除原因以外にさらに第三の場合として解除をなしうる場合があることは可能なのか。もし可能であるとしてその場合の解除の効果として、とりわけ請負人の損害賠償請求権（注文者の損害賠償義務）が縮減ないし脱落することはありうるのか。この点の解釈論的基礎を探究しようとするのが、本稿の問題意識であり、課題である。⁽⁸⁾

三 以下では、まず、課題をより実務に即して現実化するために、本稿の問題意識に即して適切と考えられる最近の下級審の裁判例を紹介し、その法的構成の特徴を整理する（第二）。その後、まず、信賴関係破壊の法理に関する議論を概観し、請負契約の場合の妥当性について検討する（第三）。つぎに、民法第六四一条の注文者の任意解除権規定についての判例・学説の蓄積を、本稿に関連する範囲で整理し、その「流用」（転用）可能性について検討する（第四）。以上の検討を踏まえ、解釈試論上の課題を整理し、新たな課題と方法を提示する予定である（第五）。

（1） 民法第六三三条本文は、報酬の支払いと仕事の目的物の引渡しとが同時履行の関係に立つことを規定することにより、請負人の仕事完成義務の先履行義務性を示している。もともと、この規定は任意規定である。とりわけ建築請負においては、多くの場合に、本条が特約により排除され、前払いとなっている点は、注意を要する。たとえば、契約時、着工時、上棟時、引渡時にそれぞれ分割して支払う、といった具合である。これは、民法制定当初から、（弱い）請負人の資力を、注文者の報酬前払いによって補うことを目的としたものであった。このような、一〇〇年以上前からの「慣行」は、しかし、請負人と注文者の力量が逆転している類型においても、現在まで脈々と承継されてお

り、資力のある（強い）請負人（施工業者）と、資力のない（弱い）一般の消費者たる注文者（施工主）との間における（個人住宅の）建築請負においても、このような報酬の「分割的前払い」の特約がなされている点は、本稿とは直接関係しないものの、一考に値する。そうでなくても、種々の場面で念頭においておくべき法律状態である。事実、報酬前払いというかかる問題は、周知のように、完成建物の所有権の帰属、という彼の問題にも、大きな影響を与えてきたことは、周知のところである。

（２） 我妻栄『債権各論 中巻 一（民法講義 V 3）』（岩波書店、一九六二年）六一四頁～六一五頁。

（３） 我妻・前掲書六一五頁は、「注文者は、仕事の途中で、請負人が契約の内容（例えば設計図）通りに仕事をしないことを発見したときは、そのときに変更を請求し得ることはいうまでもない。請負人が正当な理由なしにこれに従わないときは、その点で債務不履行を生ずる。」と述べている。

（４） たとえば、請負人が仕事を未完成に放置した場合において、期限到来前に、履行不能を理由として民法第五四三条により注文者の解除を認めた大判大正一五年一月二五日民集五卷一 一七六三頁。また、東京地判平成四年一月三〇日判タ八二五号一七〇頁は、「請負契約においては、注文主は、目的物完成前であっても、目的物に重大な瑕疵があり、請負人が期日までに約定どおりの目的物を完成させることが不可能であることが明らかであつて、もはや契約関係を継続させることが注文主にとって酷であつて相当でないような場合には、民法五四三条の規定に基づき、請負契約を解除できると解すべきである」とする。

（５） 商法第五八二条にも、運送人の処分権に関して、類似の規定が存在する。「①荷送人又ハ貨物引換証ノ所持人ハ運送人ニ対シ運送ノ中止、運送品ノ返還其他ノ処分ヲ請求スルコトヲ得此場合ニ於テハ運送人ハ既ニ為シタル運送ノ割合ニ応スル運送費、立替金及ヒ其処分ニ由リテ生シタル費用ノ弁済ヲ請求スルコトヲ得 ②前項ニ定メタル荷送人ノ権利ハ運送品カ到達地ニ達シタル後荷受人カ其引渡ヲ請求シタルトキハ消滅ス」。民法第六四一条（「損害」の「賠償」と異なり、運送人の請求権の内容が明示されている。もつとも、その内容（額）が少ない、といわれている。運送人（請負人）の仕事（運送）が大量的・画的に行われることを理由としている、という（我妻・前掲書六五〇）。

仕事完成前の注文者の解除

東京高判昭和六〇年五月二八日判時一一五八号二〇〇頁もこの理を援用する。〕。

(6) 大判大正七年二月二〇日民録二四輯三四九頁。

(7) 我妻・前掲書六五〇頁、幾代通・広中俊雄編集代表『新版 注釈民法(16)』(有斐閣、一九九二年)一七一頁〔打田峻一・生熊長幸〕、栗田哲男『現代民法研究(1)請負契約』(信山社、一九九七年)一六六頁。大判大正七年二月二〇日民録二四輯三四九頁。

(8) もっとも、本稿では、紙幅の関係もあり、外国法(特にドイツ法)を参照するなど、比較法的検討をなしえず、正確には、解釈論的基礎を提示するための予備的作業の域を出ないことをお断りしておかねばならない。この点については、別稿を用意している。

第二 最近の下級審の裁判例

一 東京高判平成一一年六月一六日判例タイムズ一〇二九号二一九頁(①)

1 注文者Xが、土木建築の設計および請負を業とする株式会社Yとの間で、自宅建物を新築する工事請負契約(以下、本件契約という。)を締結し、契約金として一〇三万円を支払った後、X(の側(妻を含む))が、本件契約に際し、YがX宅に挨拶に行く旨の書面を交付していながら、一向に挨拶に来なかったことに不満を募らせたことを理由に、右請負契約は合意解除されたとして、契約金一〇三万円の支払いを求めた。これに対し、Yは、Xは、みずからの判断で一方的に解除したとして、工事請負契約約款一二条一項(「工事に着手するまでに甲(X)が必要によって、契約を解除した場合には乙(Y)は契約金を返還しない。」)により、受領した契約金一〇三万円の返還義務を負わないと主張した。

原審（静岡地判平成一〇年一月一六日判例集未登載）が、右請負契約の合意解除を認めてXの請求を認容したので、Yが控訴し、Xは、合意解除に加えて債務不履行解除を援用した。

2 控訴審は、原審の合意解除を否定し、債務不履行解除の一般的可能性を肯定しつつも、本件においては、Yの行為が付随的義務に違反し、ひいては解除原因となるものではない、として、一審判決を取り消した。

判旨は、(1) 建物を建築するという目的を達成するため、工事着工前の必要不可欠な打ち合わせをする義務を、付随義務と位置づけ、これについて正当な理由なく打ち合わせに応じないことにより信頼関係が破壊された場合には、請負契約の解除をなしうる、としつつも、(2) 本件においては、工事内容について必要な打合せをする事情は存在せず、X側が求めたものは、Y側の非礼を謝罪させるためであった、として、付随義務の不履行の存在を否定し、債務不履行としての解除原因とはならないとした。(3) その結果、Xの解除は、Xの事情による解除（約款一二条一項による解除）である、と結論づけた。

二 名古屋地判平成一八年九月一日判例タイムズ一二四三号一四五頁⁽²⁾⁹

1 Xと（原告・注文者）Y（被告・請負人）との間で、一階を賃貸店舗物件、二階および三階を共同住宅とする建物（本件建物）の設計および施工し、請負代金として一億三九二三万円を支払う（契約時に三七八万円を、着工時・上棟時・引渡時にそれぞれ四五一五万円を支払う。）旨の請負契約が締結され、本件建物の建築工事が開始された。ところが、Xは、(1) 本件請負契約締結時、設計図面および仕様書は交付されず、契約書添付の概要書および図面のほか、事業計画書が交付されただけであったこと、(2) Xは、本件請負契約前から、Y代表者

仕事完成前の注文者の解除

B に対し、駐車場を広く造り、室数を多くしたいので、できるだけ高層の建物にしたい旨強く希望していたところ、本来、本件土地には二〇メートルの高さの建物が建築可能であり、六階ないし七階の建物も建てることのできたにもかかわらず、Y 代表者 B は、一〇メートルが建築可能な高さで、三階までしか建てられないと言い、本件請負契約の建物概要が決定されたこと、(3) Y は、X に無断で、オール電化式マンションとする計画からガス給湯器付きに変更したり、基礎の工法を地盤改良のエスミコラム工法から杭工法のセメントミルク工法へ変更するなど、一方的に設計内容を変更したこと、(4) Y は、自ら建築したビルを借り上げ、同ビルの一部に入居し、同所を登記簿上の本店所在地としていたところ、地主兼ビル所有者に対する賃料を長期間滞納し、訴えの提起を受けて和解したが、その和解条項も守らず、強制執行の申立てをされ、同ビルから退去していたにもかかわらず、X に対しては引き続き Y の本店事務所が同ビルにあるかのように取り繕ってごまかすなどしたこと、を理由とし、Y に対し、債務不履行により信頼関係が破壊されたとして、債務不履行にもとづく解除などを理由として、既に支払っていた請負代金（三四九七万五九〇円）およびこれに対する利息の支払いを求めて訴えを提起した。これに対し、Y は、解除原因を争うとともに、X の解除は、約款三一条一項（原告（X）は、必要によって、書面をもって工事を中止しまたはこの契約を解除することができる。」）にもとづく解除であり、この規定により Y に生じた損害の賠償を求めて反訴を提起した。認容。反訴棄却。

2 (1) 注文者（債権者）の利益 判旨は、まず、注文者の利益すなわち契約目的を、「X（注文者）の希望に沿った建物を建築する」こととする。

(2) 請負人の付随的債務の設定とこれに対する違反 そこから、本件請負人に以下のような付随的債務を認定

し、かつ、そのすべてについて違反するとした。①説明義務・協議義務 「本件建物に関する法令上の制限を正確に把握し、これをXに説明」する義務（説明義務）、および、「仮に、規制内容の把握の誤りなどから当初のXに対する説明に不備があった場合、これを直ちに訂正の上、設計変更の必要などを協議すべき義務」（協議義務）があり、Yはこれに違反した。②設計図書等の交付義務 次に、「設計図書は、工事内容を確定する資料であるし、見積書（内訳書）および工程表は、工事内容の変更による請負代金の増加額の算定や工事の出来高の算定の基礎資料となる。また、これらの資料は、施主において工事の進捗状況を把握する客観的な指標として請負人による適正な債務の履行を担保するものであり、施主・請負人間に良好な信頼関係を築いていく上で重要な意義を有する。」ことなどを理由として、付随的債務として、設計図書、見積書および工程表の交付義務があり、Yはこれに違反した。③設計内容変更の説明義務、同意を得る義務 さらに、請負人が、施主に無断で設計内容を変更することは許されないのは当然であることなどを理由として、付随的債務として、設計内容を変更する必要があるならば、施主であるXに対し、施工前に変更の内容および理由を十分説明の上、その同意を得る義務があり、Yはこれに違反した。

(3) 信頼関係破壊による解除の有効性 以上のようなYの「付随的債務の不履行は、Xに対する著しい背信行為で、これによりXY間の信頼関係は破壊され、Xの意向に沿った建物を建築するという契約目的達成自体にも重大な影響を与えている。」とし、「Xは、かかる付随的債務の不履行による信頼関係の破壊を原因として本件請負契約を解除することができる。」とする。

- (4) 解除の範囲 未履行部分の一部解除という判例法理^⑩を前提としつつも、本件では、建物の既工事部分の給

付に関し、注文者が利益を有するとはいえない、として、解除の効果は本件請負契約の全部に及ぶ、とした。

三 東京地判平成一六年三月一〇日判例タイムズ一二二一号一二九頁(3)¹¹

1 X(原告。国民健康保険組合)と、Y(被告)は、平成九年五月一日付けで、第二次電算システム(以下「本件電算システム」という。)を構築するシステム開発業務委託契約(以下「本件電算システム開発契約」という。)を締結した。その内容は、(1) 委託期間を契約締結日から平成一一年三月三一日まで、(2) 「成果物」を「開発システムのソフトウェア・プロダクト(システム本体)一式」、(3) 納入期限を平成一〇年一月三十一日、(4) 委託料を二億五二〇〇万円とし、Xは、Yから平成一〇年三月に請求書を受領した後、翌四月までに一億五七五〇万円を支払い、残金九四五〇万円については、成果物の検査終了後に支払う、というものであった。これに対し、Xは、Yが債務の本旨に従った履行をせず、納入期限までに第二次電算システムを完成させなかったばかりか、不当に追加費用の負担や構築するシステム機能の削減を要求してきたなどとして、Yに対し、上記業務委託契約の債務不履行解除を原因とする原状回復請求権にもとづき、支払済みの委託料二億五二〇〇万円(消費税込み)およびこれに対する商事法定利率年六分の割合による利息の支払を求めるとともに、債務不履行による損害賠償請求権にもとづき、損害金合計三億四九二万一千五百七円およびそのうち別表二の損害額明細欄記載のないし一二一の各損害金について商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を訴求した。

他方、Yは、「第二次電算システム」が納入期限までに完成しなかったのは、Xが意思決定を遅延するなどして協力義務に違反したことが原因であったなどとして、Xの請求を争うとともに、反訴として、Xに対し、主位

的には協力義務違反等を理由とする債務不履行による損害賠償請求権にもとづき、予備的には民法第六四一条所定の請負契約の解除における報酬および損害賠償請求権または同法第六四八条第三項および同法第六五一条第二項所定の準委任契約の解除における報酬および損害賠償請求権にもとづき、四億六五四万一五〇〇円およびこれに対する商事法定利率年六分の割合による遅延損害金の支払を請求した。

2 (1) 本件電算システム開発契約の法的性質 判旨は、この点について、事務の遂行を目的とする準委任契約ではなく、本件電算システム開発という仕事の完成を目的とする請負契約である、とする。

(2) 請負人の債務 そのうえで、請負人は、本件電算システム開発契約の契約書および本件電算システム提案書に従って、これらに記載されたシステムを構築し、段階的稼働の合意により変更された納入期限までに、本件電算システムを完成させるべき債務、および、適切なプロジェクトマネージメントを行うべき義務（プロジェクトマネージメント義務）負っていたが、前者については履行を完了せず、後者についても不適切な点があったとした。

(3) 注文者の協力義務 もっとも、本件電算システム開発契約は、いわゆるオーダーメイドのシステム開発契約であることから、請負人のみではシステムを完成させることはできないのであって、注文者が開発過程において、内部の意見調整を的確におこなって見解を統一した上、どのような機能を要望するのかを明確に請負人に伝え、請負人とともに、要望する機能について検討して、最終的に機能を決定し、さらに、画面や帳票を決定し、成果物の検収をするなどの役割を分担することが必要である、とし、このような注文者の役割分担から、本件電算システムの開発は、XとYの共同作業の側面を有する、とし、契約書四条一項および五条において、協議義務

および協力義務が明記されていることを指摘する。そこから、判旨は、Xには、「本件電算システムの開発過程において、資料等の提供その他本件電算システム開発のために必要な協力をYから求められた場合、これに応じ必要な協力を行うべき契約上の義務（協力義務）」があるとする。

もっとも、「Xは、Yから解決を求められた懸案事項を目標期限までに解決しないなど、適時適切な意思決定を行わなかった点において、適切な協力を行わなかったところがある」としつつ、「Xの機能の追加や変更の要求に関する」「協力義務違反」「については、Xが結果として本件基本設計書において想定されていた開発内容の追加、変更等をもたらす要求をした事実は認められるものの、そのことがXの協力義務違反を構成するということはできない」とし、「また、Xの過剰な要求に関する」「協力義務違反」についても、Xが本件電算システム開発契約等の委託料に照らし過剰な要求をしたとは認められ」ない、として、Xの協力義務違反を否定する。

(4) 履行不能と双方の帰責性 この点につき、「納入期限までに完成に至らなかったのは」「XとY双方の不完全な履行、健保法改正その他に関する開発内容の追加、変更等が相まって生じた結果であり、当事者双方とも、少なくとも開発作業の担当者のレベルにおいては、逐次遅れが積み重なりつつあるが、懸案事項の解決が完了しない以上やむを得ないとの共通の認識の下に、作業が進行していた」として、両当事者の帰責性を否定する。

(5) 注文者の解除の有効性（性質） 判旨は、Xの解除は、Yの債務不履行を理由としては認められないものの、民法第六四一条の解除として有効であるとする。①Xの本件解除には、本件電算システムの開発を取りやめてYとの契約関係を終了させる旨の意思の表明が含まれていること、②Yは、反訴事件において、Xの解除の主張を民法第六四一条の解除として援用する旨主張していて、XはYの同援用を積極的に争わなかったものと認め

られること、③本件解除により契約関係が終了しているとするとするものであり、債務不履行が認められなければ、現在でも契約関係が存続しているとするものとは解されないこと、を理由とする。

(6) 損害および過失相殺 ①損害 「民法六四一条に基づく損害賠償は、契約が解除されずに履行されていた場合と同様の利益を請負人に確保させる趣旨のものであり」、「本件電算システム開発契約等が遂行されていたも、Yは、Xと追加契約を締結するなどしない限り、委託料を合計した三億四六五〇万円」を超えないとして、Yに生じた損害を、三億四六五〇万円と認定した。

②過失相殺 民法第四一八条の趣旨から、同条を民法第六四一条による注文者の解除の場合にも類推適用して、Yに六割の過失相殺を認める。

「Xは、懸案事項の解決を遅延し、開発作業の遅れの一因を作ったものであるが、Yも、開発作業の遅れの一因を作るなど、システム開発受託者として行うべき役割を怠った点があり、それらの内容、程度等前記認定の一切の事情を斟酌すれば、Yに生じた損害について、六割の過失相殺（類推適用）をするのが相当である。」とした。

四 東京高判平成一八年二月二六日判例タイムズ二八五号一六五頁(④)

1 平成一五年五月二三日、Y（注文者）とX（請負人）との間で、四階建て鉄骨アパート兼自宅の建築工事の請負契約（以下、本件請負契約という。）を、一億一四二八万六〇〇円、着工予定同年七月一日、建物引渡予定平成一六年一月末日の内容で締結した（以下、本件請負契約という。）。また、本件請負契約には、解除特約

仕事完成前の注文者の解除

「Yは、Yの事由によつて工事の中止を請求し、又は契約を解除することができる。ただし、この場合、Yは、Xの被る一切の損害を賠償しなくてはならず、かつ、既に支払った金員の返還を求めることができない。」が付されていた。なお、本件請負契約の締結に際しては、Yは、A工務店(有限会社)の代表者Bに本件請負契約について以前から相談しており、Bも本件請負契約締結の際立ち会った。ところが、本件請負契約締結直後、BからYに対し、広告に記載されている場所にXの商業登記がされておらず、帝国データバンクやインターネットで調べてもXが出ていないことなどから責任を持ってないから降りる、との話があった。このため、Yは不安になり、C(行政書士)に対し、Xの建設業法上の許可取得の有無等についての調査を依頼した。その調査の結果、同年五月二十七日、XからYへ渡された名刺に記載されている一般建設業の許可は、同年二月四日の経過により期間が満了し、抹消されていることが判明した。これを知って、Yは頭が真っ白になるように感じ、Xに騙されたと思った。

同年五月二十七日、YからXに電話があり、Xの代表取締役Dが夕方Y宅に赴くと、YとCからDに対し、Xは一般建設業の許可がない旨の指摘があった。このため、Dは、Xの事務所から急遽ファックスで一般建設業の許可を示す文書を送らせてYに見せたところ、更にCから、許可番号が従前チラシや名刺に記載されていたものは違う旨の指摘がなされた。Dは、Xが一般建設業の許可の更新手続を忘れたため許可が失効し、新たに許可を得たため免許番号が変わったといういきさつを説明し、その後、DとYが話し合いをおこなったものの、Yから、本件請負契約を解除する意向が示された。DはYに対し、解除する場合には、本件請負契約の約定によりXが被った損害を支払ってもらうこととなることを告げたが、Yの意向は変わらなかった。その後、YからXに対し、

ファックスで解除の通知書（「二〇〇三年五月二三日（金）の契約を本日をもって契約解除いたします。建築法違反の為。」）が送られた。なお、平成一七年二月二五日になって、Xは特定建設業の許可を得た。そこで、Xは、Yの解除はYの事由によるものであり、理由がないとし、Yが解除したことにより、請負代金の一割に当たる得べかりし利益の一〇〇万円、設計代四四一万円、構造計算代五二万五〇〇〇円等合計一五七九万二六〇〇円の損害を被ったとして訴えを提起した。

2 第一審判決（東京地判平成一八年六月二七日判タ一二八五号一七一頁） Yの解除につき、XY間で、Xが一般建設業または特定建設業の許可を有していることや具体的なXの財務状況について、本件請負契約における重要な要素とされていたとはいえないことから、本件請負契約に関しては、Xが、「付随義務」として、特定建設業の許可を得ていなければならない義務や財産的基礎が十分なものでなければならぬ義務を負っていたものとはいえず、さらに、Xの一般建設業許可の失効および再取得の経緯に照らせば、本件請負契約締結に至る経緯において、一時的にその許可の効力が失効していたことをもって、信義則上Xに債務不履行があったと評価することもできないことを理由として、Yの解除を、Yの事由による解除であるとし、Yは、本件請負契約および民法第六四一条にもとづき、本件解除によってXに生じた損害を賠償する責任を負う、とした。そして、Xに生じた得べかりし利益については、構造設計料、設計代等の四九七万二八一元を、損害額として認めた。

3 第二審判決 (1) Yの解除の性質 履行遅滞、履行不能、不完全履行などの債務不履行がなくても、契約関係の存続を強いるのが契約上の信義則に照らし酷である場合や正義に反することとなる場合には、信義則違反を理由とする無催告解除が認められる、とし、本件請負契約の締結は、Xにとって建設業法違反の行為であった

とはいえる、としつつも、契約関係の存続を強いるのが契約上の信義則に照らし酷であるとか、正義に反することとなるとまではいえない、として、信義則違反を理由とする解除を否定する。そのうえで、Yの解除はYの事由による解除であり、Yは、本件請負契約および民法第六四一条にもとづき、本件解除によってXに生じた損害を賠償する責任を負う、する。

(2) 損害 この点につき、地質調査費、積算代、木材代、エアコン取り外し代、構造設計料として合計九一万三五〇〇円、人件費として二万五〇〇〇円、設計代として三七万四六八一円を認め、以上の合計として四八万三一一八一円を損害額として認定した。

(3) 過失相殺 Yの本件の解除の主張は、Yが損害賠償義務を負う場合の過失相殺の主張を含む、とし、その際の考慮事由として、①高額の工事代金の工事を、それまで関係のなかったXに発注したYにとって、広告に記載された住所地にXの商業登記の本店がないことなどの判明した事実から、Xの法人としての実在性、建設業者としての適格性に大きな疑いを抱き、騙されたと考えることに、一般社会人の感覚として無理からぬ面があること、②Yが疑念を抱く根拠となったこれらの事実はいずれもXに原因があること、③Xは、本件請負契約締結当時、特定建設業の許可を受けていなかったことにより、建設業法三条一項二号、一六条、同法施行令二条ただし書きに違反するものであること、を挙げ、Xの損害について二割の過失相殺を認めた。

五 小括

1 裁判例の枠組 (1) 信頼関係破壊法理 裁判例から明らかなように、そこでの注文者の解除は、請負人の

債務（付随的債務を含む）不履行を理由とするもの（①②③）、信義則違反を理由とするもの（④）に分かれる。債務不履行を理由とするもののうち、付随的債務（義務）的不履行により信頼関係破壊の法理によって処理するのは、①②（解除を認めたのは②）であり、期限までに仕事が完成しなかったことを理由とするのは、③である。付随的債務として問題となったものは、建物建築の着工前の十分な意見交換義務（①）、説明・協議義務、設計図書等の交付義務、設計内容変更の場合の説明義務、同意を得る義務（②）であり、④の信義則違反において考慮される事由として問題となったものは、特定建設業の許可を受けていないこと、請負人の財産的基礎の充分性である。

(2) 受け皿としての注文者の任意解除権（民法第六四一条） ところが、請負人の債務不履行による解除が認められない場合であっても、注文者がした解除自体は認める、という帰結が導かれている。①（約款による場合）であるが、実質的に同視できる）④の場合のみならず、仕事が完成に至らなかったことについて両当事者に帰責事由がない③の場合でも同じ処理がなされている。ここで「流用」されているのが、民法第六四一条が規定する注文者の任意解除権である。

(3) 注文者・請負人間の利益状態の転回 もっとも、その結果、他方で、解除した注文者の側が、請負人に対して損害賠償をしなければならいという逆の利益状態が生じることになる。これは、既に、本稿の冒頭において指摘しておいた点であり、このような処理により、注文者と請負人との間に鋭い緊張関係が生ずることになる。裁判例において、注文者の債務不履行解除に対して、請負人側が注文者の解除をして民法第六四一条にもとづく解除であるとの主張（反訴提起）をなさしめていることが、端的にこの点の事情を物語っている。

(4) 過失相殺規定（民法第四一八条）の類推適用　そこで、この場合の利益状態を調整するために援用されたのが、過失相殺規定の類推適用ということになる（③④）。

(5) まとめ　以上から、裁判例の枠組を一括するならば、それは、①注文者による解除が、信賴関係破壊法理ないし信義則違反により認められる場合には、これにより注文者は、原状回復と損害賠償の請求をなしうることになるのに対し、②そうでない場合には、民法第六四一条による注文者の任意解除権により解除自体は認められるものの、その場合の両者の利益状態の最終的な調整は、過失相殺規定（民法第四一八条）の類推適用によりなされる、ということになる。

2 検討課題の析出　(1) 信賴関係破壊法理の妥当性　以上の整理から、仕事の完成前において、注文者から請負人の履行過程に債務不履行があるとして契約の解除を解除する場合の重要な法的構成の一つは、信賴関係破壊の法理の援用であることが判明する。しかも、裁判例における特徴は、請負人に付随的債務を設定し、その違反が、信賴関係が破壊される重要な要因となっている。そこで、まず、付随債務が信賴関係破壊と結びつくという構成について、とりわけこれまでの判例法理との関係で、改めて検討しておく必要がある。つぎに、考えなければならぬのは、そもそも、請負契約の場合、何故に信賴関係破壊法理が妥当しうるのか、ということである。

(2) 注文者の任意解除権の流用＋過失相殺を類推する構成の妥当性　裁判例においては、請負人の債務不履行、とりわけ信賴関係破壊の法理が妥当しない場合でも、請負契約の終了（解除）を否定するのではなく、これを注文者の任意解除権（民法第六四一条）を流用することにより、解除を肯定するという法的構成を採用している。そこにおいては、当事者間に契約関係の維持・存続を認めるのは妥当でないという価値判断が働いていると考え

られうる。しかし、かかる構成による解除の維持は、他方で、解除の効果として、当事者間の法律関係（利益状態）が転回し正反対の帰結をもたらす。そこで、その点を是正するために、民法第四一八条が類推適用という仕方 で転用される。このような法的処理が、最終的に妥当な結果であると考えうる場合、これは、法規範ないし契約規範の観点から、どのように評価されるべきか。この点は、とりわけ民法第六四一条の注文者の任意解除権の流用をいかに評価すべきか、について、同条の本来の規範内容に立ち返って吟味する必要がある。

（9）判例解説として、多々良周作「設計及び施工を請け負う建物建築請負契約において請負人の付随的債務の不履行による信頼関係の破壊を原因とする注文者の契約解除が認められた事例」別冊判例タイムズ二二号六四頁（平成一九年度主要民事判例解説）がある。

（10）最判昭和五六年二月一七日判時九九六号六一頁は、「建物その他土地の工作物の工事請負契約につき、工事全体が未完成の間に注文者が請負人の債務不履行を理由に右契約を解除する場合において、工事内容が可分であり、しかも当事者が既施工部分の給付に關し利益を有するときは、特段の事情のない限り、既施工部分については契約を解除することができず、ただ未施工部分について契約の一部解除をすることができるとすべきでないものと解するのが相当である」とする。なお、本判決が引用する大審昭和七年四月三〇日民集一一卷八号七八〇頁は、民法第六四一条による解除の場合であり、同条にいう「仕事ノ完成トハ必スシモ全部工事完成ニ限ラス凡ソ其ノ給付力可分ニシテ当事者カ其ノ給付ニ付キ利益ヲ有スルトキハ既ニ完成シタル部分ニ付テハ解除シ得ヘカラス只未完成ノ部分ニ付キ所謂契約ノ一部解除ヲ為シ得ルニ止マルモノト解スヘキナリ」としていた。末弘嚴太郎（法学協会雑誌五二卷六号一三九頁）は、この問題を、「商品の逐次供給契約に一部の履行ありたる後残部につき債務不履行を生じたる場合に買主之を理由として契約全部の解除を為し得べきか又は不履行となりたる残部につきてのみ解除を為し得るに過ぎざるかの問題」として位置づけ、「既ニ履行ヲ終ハリタル部分ノミニテハ契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコトヲ得サル等特別ナル事情ノ

仕事完成前の注文者の解除

存セサル限り」契約全部を解除し得ないとする大判大正一四年二月一九日民集四卷二号六四頁を援用し、この判決の趣旨は、「民法第六四一条による請負契約の解除に付いても之を認むべきが当然であつて、請負工事の一部分が既に竣成し当事者間に於ても之を残部と分離して独立的価値を認めている以上、其竣成部分に付いては仮令損害賠償を条件とするも最早解除を認むべきではない。」とする。

(11) 本件は争点が多岐にわたっているが、本稿に関連する限りで事案および判決要旨を紹介する。なお、原告には、本件で紹介するXのほかに、Xの母体である労働組合もいるが、こちらについては省略する。本判決に関する評釈として、生田敏康「電算システム開発契約における注文者の協力義務と請負人のプロジェクトマネージメント義務」福岡大学法学論叢五二巻四号四七一頁がある。

第三 請負契約と信頼関係破壊法理

一 付随的債務の不履行の場合における契約解除の可能性

1 はじめに 既に析出したように、裁判例において特徴的なことは、信頼関係破壊法理が妥当する前提として、請負人の付随的債務の存在とその違反が前提とされていることである。それゆえ、信頼関係破壊法理の妥当性を具体的に検討する前提として、付随的債務に関するこれまでの議論を整理しておく必要がある。

2 判例法理―要素たる債務と付随的債務 (1) 民法第五四一条は、「当事者の一方がその債務を履行しない場合」に解除を認めている。通常、契約当事者は一つの契約から複数の債務を負担する。しかし、損害賠償請求の場合と異なり、解除の場合は、どのような債務不履行であつても解除が許されるとは解されていない。債権者が契約を解除しうるためには、その不履行にかかる債務が要素たる債務（「契約の要素をなす債務」）でなければ

ならない、とされてきた。そして、この文脈において、付随的債務の不履行の場合には原則として解除できない、と解されている。⁽¹²⁾

このような一般的理解（枠組）につき、まず学説が主張し、その後、大審院判例は、「法律力債務ノ不履行ニ因ル契約ノ解除ヲ認ムルハ契約ノ要素ヲ為ス債務ノ履行ナク契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハサル場合ヲ救済センカ為」であり、「附随的ノ義務ヲ怠リタル場合ノ如キハ特別ノ約定ナキ限り之ヲ解除シ得サルモノト謂ハサルヘカラス」といい、⁽¹⁴⁾最高裁判例も、「法律が債務の不履行による契約の解除を認める趣意は、契約の要素をなす債務の履行がないために、該契約をなした目的を達することができない場合を救済するためであり、当事者が契約をなした主たる目的の達成に必須的でない附随的義務の履行を怠つたに過ぎないような場合には、特段の事情の存しない限り、相手方は当該契約を解除することができないものと解するのが相当である」とし、⁽¹⁵⁾判例法理として確立し、学説もこれを支持している。

(2) 問題は、要素たる債務と附随的債務の区別の基準である。この点につき、双務契約においては対価的關係に立つ債務か否かによるとの一般的基準が示され、⁽¹⁶⁾その後、対価関係の内容を、より具体化して同様の基準を説く、とされている。ここでは、契約をした目的を達成するために必要不可欠なもの（あるいは必須の義務）、⁽¹⁷⁾その不履行があれば契約をした目的が達成されないほど重要な債務であり、双務契約においては互いに対価の意味を有している債務であるなど、⁽¹⁸⁾である。⁽¹⁹⁾そして、具体的場合において、いずれであるかは、諸般の事情を考慮し、当事者意思の合理的解釈によって判断すべきことになる⁽²⁰⁾とされている。⁽²¹⁾

この点に関連すると考えられるのは、最判昭和四三年二月二三日民集二二卷二二号二八二頁（以下、昭和四三年

判決という。)である。同判決は、土地の売買契約において、所有権移転登記手続は代金完済と同時にし、代金完済までは買主は右土地上に建物等を築造しない旨の付随的約款がつけられている場合であり、右約款は、本来契約締結の目的に必要な不可欠のものではないが、売主にとっては、代金の完全な支払の確保のために重要な意義をもち、買主もこの趣旨のもとにこの点につき合意したものであることから、「右特別の約款の不履行は契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものであるから、このような約款の債務は売買契約の要素たる債務にはいり、これが不履行を理由として売主は売買契約を解除することができると解するのが相当である。」とする。本判決についての調査官解説によれば、⁽²²⁾「右特別の約款は外見上は売買契約の付随的な約款とされているものであることは明らかであるから、右特別の約款の債務は売買契約締結の目的に必要な不可欠のものでない(代金の支払義務と目的物件の所有権移転および引渡義務を本来的要素たる債務とみたものであろう)が、本件売買における具体的な事情に勘案してみれば、右特別の約款を合意したのは、売主にとっては代金の完全な支払を確保するたため重要な意義があるためであり、買主もこの趣旨を了承して右の合意がされたものであるから、売主としては右特別の約款の意義が履行されなかったならば、本件売買契約を締結しなかったであろう。したがって、右特別の約款の義務は契約締結の目的の達成に必要な不可欠なものではないが、客観的にも、その義務の不履行は契約締結の目的の達成に重大な影響を与えるものであるから、このような約款の債務は売買契約の要素たる債務に準じ、あるいは売買契約の要素たる債務と同視して、これが不履行を理由として、売主は売買契約を解除することができるのが相当であるとして、被上告人のした右特別の約款に定める義務の不履行を理由とする契約解除を有効と判断したものである。」(ここでは、外見上は付随的債務とされている場合であっても、諸般の事情を考

慮した合理的 meaning 解釈により、要素たる債務（に準ずるあるいは同視すること）となりうることを示されているといえよう。⁽²³⁾

(3) なお、以上の枠組を前提とする場合において付随的債務の不履行のときにも、先の大審院判決は、付随的債務の場合でも「特約」があれば解除しうることを示唆し、最高裁判決も、「特段の事情」がある場合の解除の可能性を示唆している。

3 判例法理——付随的義務と信託関係破壊法理との結合 (1) ところが、判例は、以上のような、「要素たる債務」と「付随的債務」とに区別するという基本的枠組を前提とする一方で、付随的債務について、「特約」や「特段の事情」を問題とすることなく、その不履行の場合に解除を認めている。その一は、既にみた昭和四三年判決のように、外見上は付随的債務とされている場合であっても解釈によって要素たる債務となる、とする場合であり、その二は、最判昭和五〇年二月二〇日民集二九卷二九号九九頁（以下、昭和五〇年判決という。）である。昭和五〇年判決は、建物賃貸借契約において特約により賃借人に課せられた付随的義務の不履行が賃借人に対する信託関係を破壊するとして無催告の解除を許容したものである。すなわち、「賃借人の右特約違反が解除理由となるのは、それが賃料債務のような賃借人固有の債務の債務不履行となるからではなく、特約に違反することによつて賃貸借契約の基礎となる賃借人、賃借人間の信託関係が破壊されるからであると考えられる。そうすると、賃借人が右特約違反を理由に賃貸借契約を解除できるのは、賃借人が特約に違反し、そのため、右信託関係が破壊されるにいたつたときに限ると解すべきであ」とした。⁽²⁵⁾

(2) 賃貸借契約において展開されてきた信託関係破壊法理は、一般に、賃借人の単なる債務不履行による解除

を限定（厳格化）するものとして理解されている。これ自体は、確かに正当である。というのも、信賴関係破壊法理が重要な役割を果たしている賃貸借契約においては、信賴関係破壊法理は、周知のように、賃借人の賃料不払い、無断転貸、用法違反等の単なる債務不履行による賃借人の解除を否定しているからである。^{②6}

^{②7} しかし、要素たる債務でない（すなわち賃借人の固有の義務・中核的義務でない）付随的債務の場合であっても、それにより信賴関係が破壊された場合には解除されうるとする論理を、要素たる債務・付随的債務との枠組で考えた場合には、実質的には、債務不履行による解除を限定するとは必ずしも言えないのではないか。換言すれば、付随的債務の場合であっても、信賴関係が破壊された場合には、要素たる債務の不履行と等価である、と判断しているともいいうるであろう。その意味では、付随的債務の不履行に信賴関係破壊法理が結合されることにより、債務者の債務不履行による債権者の解除は、より緩和されたものになるともいいうるのではあるまいか。^{②8}

二 請負契約と信賴関係破壊法理

1 問題の所在——昭和五〇年判決の法理の援用 以上の整理を前提として、あらためて本稿において紹介した裁判例が採用している法的構成を位置づけるならば、それは、付随的債務の不履行が信賴関係を破壊する場合に解除を認める昭和五〇年判決を前提としているといいうるであろう。しかし、そのための最も重要な前提は、そこで問題となっている請負契約の類型が、賃貸借のように、信賴関係破壊法理が妥当する類型であることである。そこで、請負契約に信賴関係破壊法理が妥当するのか、という点を検討しておく必要がある。

2 「信賴關係」の意味の多義的性格 もつとも、請負契約に信賴關係破壊法理が妥当しうることを検討する前提として、「信賴關係」なる術語について一言しておかなければならない。「信賴關係」という術語は、これまで、当事者の字義通りの信賴關係あるいは継続的契約關係であることを実質的な基礎とし、委任、賃貸借など多方面にわたり重要な役割を果たしていることは、周知のところである。しかし、その具体的内実は、きわめて多義的であり、その機能も同一ではない（むしろ正反対になることすらある）。したがって、その内実を曖昧にしたまま、その要件的側面を安易に拡張することにより、極めて強い法律効果（債務不履行解除を制限したり（賃貸借）、解除を認めたり、損害賠償を不要としたり（委任）等）を導くことになることの問題性、より本質的には、契約の拘束力を弱めること（委任の場合）等の帰結が導かれることに対して、注意が喚起されている点⁽²⁹⁾が、看過されてはならない。⁽³⁰⁾

3 信賴關係破壊法理の妥当性の基礎 それでは、請負契約類型においても信賴關係破壊法理が妥当しうる場合が存在するのか。既に紹介した裁判例においては、建築請負契約において問題となっていた。この点をひとまず念頭において、以下、考察を進めていくこととする。

請負契約は、双務有償契約であり、請負人の仕事の完成債務とこれに対する注文者の報酬債務とが対価關係に立つものであり（民法第六三二条）、法律的には、恰も、売買（民法第五五五条）と同じように、一回限りの給付交換を予定して規律されている。しかしながら、請負契約のなかでも、建築請負などに典型的にみられるように、請負人の仕事の完成までに一定の期間を必要とするのみならず、その期間中、原則として請負人の裁量と責任のもとで仕事の完成がなされなければならない類型においては、請負人の専門的知識と能力およびこれらに

する注文者の信頼が決定的に重要な意義を有する。そして、この点に、請負契約と売買契約との間の決定的な違いがある。というのも、売買契約の場合も、目的物を給付するために売主（債務者）の努力を必要とするけれども、調達のみを目的とする売主には売買目的物の状態についての努力（行為）は問題とならないのに対し、請負人は物を自身で（あるいは履行補助者により）完成させる、すなわち製作するからである。⁽³¹⁾

そこで、この点において、一回的な給付交換を標準的な類型とする請負契約においても、いわゆる「継続的契約（債権 関係）」⁽³²⁾において基礎とされる「信頼関係」の問題が浮上するのである。⁽³³⁾この問題は、別の側面からいえば、仕事の完成までに一定の期間が必要とされる場合（請負人の仕事完成までの履行過程）において、この期間の経過を考慮するならば、事物の本質上、この期間中に、注文者をして請負契約を終了せしめる事情が発生しうることを意味する。このような事情には、注文者がもはや仕事を必要としなくなったという場合（民法第六四一条）に加えて、当事者間の信頼関係の基礎に障害が生ずる場合が存在し、これがさらに、債務不履行と評価されるに足る質を備えたものであることを意味する。

このように、請負契約においても、当事者の信頼関係が重要な意義を有する場合を想定しうるのであれば、そのような場合において問題となる信頼関係が破壊される事態に立ち至ったとき、契約当事者（とりわけ注文者）は、その時点で請負契約の維持を期待できないものとして終了させうる、と考えられるのである。

4 信頼関係が破壊されたとされる事由——請負契約に独自の問題 既に検討したように、昭和五〇年判決は、付随的債務の不履行を前提とした信頼関係破壊を要件としている。それゆえ、昭和五〇年判決の法理を前提とすれば、請負契約の場合においても、請負人の付随的債務の不履行が前提とされるのは当然である。しかし、請負

契約の場合には、付随的債務の不履行が前提とされなければならない事情がもう一つある。というのも、ここにいう「信賴關係」の破壊は、後に、注文者の任意解除権において検討するように、任意解除の場合の合理性を担保する要件という観点から、実際に注文者が解除する必要がある場合の一つとして、「請負人に債務不履行はないが、信賴關係が失われるなどの理由で、その請負人による仕事の完成を望まない場合」としても挙げられているからである。³⁴ 換言すれば、「信賴關係」が破壊されたといい、失われたといっても、そのことにより、債務不履行となる場合とそうでない場合が観念されているのである。この観点からしても、ここにおける信賴關係の破壊は、請負人の債務不履行として評価される質を有するものでなければならないということになる。

5 裁判例の評価 以上を前提として、裁判例を評価するなら、本稿で取り上げた裁判例の①②は、昭和五〇年判決の法理を前提とするものであるといえよう。この点を踏まえて、ここでは、信賴關係破壊法理により注文者の解除を認めた②について改めて若干の考察をしておくことにしよう。

②は、「このようなYの付随的債務の不履行は、Xに対する著しい背信行為で、これによりXY間の信賴關係は破壊され、Xの意向に沿った建物を建築するという契約目的達成自体にも重大な影響を与えている。そうすれば、Xは、かかる付随的債務の不履行による信賴關係の破壊を原因として本件請負契約を解除することができ。」としている。この結論部分のみからすれば、先に述べたように、本判決は、信賴關係破壊法理の流れに位置づけられるものである。³⁵

さて、多々良解説は、「本件契約は、収益を得ることを目的とする建物を建築するというものであったところ、Xは収益性を見込んで高層建物の建築を希望していたのに、Yの行政規制上の調査不足に基づく誤った説明によ

って、これを断念して契約に至ったという経緯からすると、①の不履行は、契約の有効性に影響しうるものとして他の付随的債務の不履行に比べて重視された事情かもしれない。②の不履行については、判文上、これによる契約目的物に対する具体的な影響（安全性への影響、報酬額の変更等）は問題とされていないものの、③の不履行とともに、背信的な不履行の態様が認定されていることからすると、主に信賴関係破壊という側面で評価された事情といえよう。」とされている。とりわけ、①③の付随的債務の違反があれば、Xの契約目的（債権者利益）は達成されず、完成された建物は合意内容と異なるものとなって瑕疵を帯び、注文者に著しい損害を与えるものであることは明白であろう。それゆえ、Yのこれらの付随的債務の違反は、XとYとの間の信賴関係を破壊するに至ったと評価できるであろう。この意味において、多々良解説の評価に筆者も同意する。⁽³⁶⁾

(12) 山中康雄「履行遅滞による解除」『総合判例叢書民法10』（有斐閣、一九五八年）三五頁以下、浜田稔「付随的債務の不履行と解除」契約法大系刊行委員会編『契約法大系I』所収（有斐閣、一九六二年）三〇七頁、同「判解―買主の登記手続の懈怠」『不動産取引判例百選〔増補版〕』阿部浩二「いわゆる付随的義務の不履行契約の解除」中川善之助Ⅱ兼子一監修・遠藤浩編『不動産法大系I売買〔改訂版〕』（青林書院新社、一九七五年）四二二頁、小野剛「付随的債務の不履行と契約の解除」判例タイムズ四九四号一七頁、森田宏樹「いわゆる付随的義務の不履行と契約の解除」『不動産取引判例百選〔第三版〕』（有斐閣、二〇〇九年）五六頁。それゆえ、ここにいる付随義務は、損害賠償の要件において展開されてきた債務構造論にいう「付随義務」とは異なり、その場合の「付随義務」は、「給付義務」との対比で用いられていることは、周知のところであり、混同すべきではない（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅱ―契約および債権一般（1）』（商事法務、二〇〇九年）三〇一頁、森田・前掲解説。なお、石坂音四郎「判例批評 講契約の解除」京都法学会雑誌九巻七号一一頁（一一三頁）および末弘嚴太郎『債権各論』（有斐閣、一九一八年）二四二頁は、それぞれ「従たる義務」「従たる債務」とされ

ている。

(13) 石坂・前掲批評、末弘・前掲書、鳩山秀夫『増訂日本債權法各論（上巻）』（岩波書店、一九二四年）二〇九頁、末弘嚴太郎・田中耕太郎責任編集『法律学辞典第一巻』（岩波書店、一九二四年）一八七頁（一八八頁）〔「解除」の項目「末川博執筆」〕。なお、ここでは、「派生的又は附従的の債務」とされている。）、田島順・柚木薫・川上太郎・三木正雄・伊達秋雄・近藤栄吉『註釈日本民法「債權編・契約総則」』（巖松堂、一九三七年）四一〇頁等。

(14) 大判昭和十三年九月三〇日民集一七卷一七七五頁。なお、大判明治四四年一月一日民録一七輯七〇八頁は、不動産売買における売主の登記義務につき、「其所有権移転ノ義務ニ附随シテ負ハシメタルモノナレハ売買ヨリ生シタル債務ナリト謂フヘク随テ登記義務ノ不履行ハ民法第五百四十一条ニ「該当スルコトモ亦論ヲ俟タス」といふ。

(15) 内田力蔵「解除の解釈と衡平。契約解釈と信義則——附随的債務の不履行に因る解除は許されない——不動産売買代金の利子及び公課の一部の不払いは附随的債務の違反である」民事法判例研究会編『判例民法昭和十三年度』（有斐閣、一九三九年）所収四二七頁、於保不二雄「いわゆる附随的義務の不履行と契約の解除」民商法雑誌四六巻五号一二二頁『民法著作集Ⅲ 判例研究』（新青出版、二〇〇六年）所収三一六頁、村上淳一「いわゆる附随的債務の不履行と契約の解除」法学協会雑誌八〇巻六号八六九頁等。

(16) 末弘・前掲書二四二頁、鳩山・前掲書二〇九頁等。

(17) 山中・前掲書三三頁、柚木馨『債權各論（契約総論）』（青林書院、一九五六年）二四二頁等。

(18) 末川博『契約法（上）』（岩波書店、一九七五年）一四八頁。

(19) 浜田・前掲「判解」は、「契約解除の制度は、当事者を契約の拘束から解き、契約なかりし像対に回復させるものであるから、債務不履行による解除が認められるためには、そのような不履行があれば、契約をなした目的を達成することができず、およそ最初から契約を締結しなかったであろうと考えられる場合でなければならぬ。」とされる。

(20) 柚木・前掲書、浜田・前掲論文、小野・前掲論文、

仕事完成前の注文者の解除

(21) なお、於保・前掲「判批」は、判例法理の一般的・抽象的な立言に異議がないとしつつも、これでは具体的な基準は立て難い、として、次のように述べられている。「ことに、現在のところ、解除制度の本質は十分に明らかであるとはいえない状態であるので、この感が深い。」「双務契約の不履行による法定解除は例外的な取り扱いをうけている。そのために、解除は、双務契約における双務的牽連性からの解放・免脱というよりは、単なる不履行責任の一態様なり一変形であるかのごとき考え方が強く残っている。」「解除の本質が確定しない限り、右のような一般的・抽象的基準では、具体的・個別的な判定は極めて困難となり、かえって過誤を犯さしめることになりはしないかと危惧される。」

(22) 最高裁判所判例解説民事篇昭和四三年度(上) 四六頁(五三頁)「鈴木重信」。

(23) 内田・前掲四三一頁参照。これに関連する大判大正七年二月一七日新聞一三八八号二九頁は、「原判示ノ如ク其所謂附随約款ノ存スルハ上告人カ自家ノ写真ノ發展ヲ欲シタルカ為ナリトセンカ是レ畢竟上告人カ約定ノ期間中他ノ同業者ノ競争ヲ防キ被上告人ヲシテ専ラ上告人ノ写真ヲ使用セシメ以テ自家ノ写真發展ノ目的ヲ達センカ為メニ其約款ヲ契約中ニ加ヘタルモノニ外ナラサレハ其約款ニヨル被上告人ノ義務ノ不履行ハ之カ為メニ上告人カ原判示ノ如ク其主トスル報酬金取得ノ目的ヲ達スルノ妨ト為ラストスルモ其従トスル所ナルニセヨ右契約ヲ以テ達セント欲シタル自家ノ写真發展ノ目的ハ遂ニ之ヲ達スルコト能ハサルニ至ルヘク従テ其義務不履行ノ故ヲ以テ右契約ヲ解除スルコトヲ得」とするの、同趣旨であると考えられる。

(24) 本件では、多数の店舗賃借人によって共同してショッピングセンターを運営維持のために特約上でかされた義務を付随的義務としている。これは、広い意味における用法上の義務でありうるけれど、「賃料債務のような賃借人の固有の債務」、あるいは、「賃借人の負う中核的義務たる賃料債務・保管義務・用法遵守義務」と区別されうるという意味で呼ばれているものとみてよいであろうといわれる(広中俊雄「建物賃貸借契約において特約により賃借人に課せられた附随的義務の不履行が賃借人に対する信頼関係を破壊するとして無催告の解除が許容された事例」【判例批評】「民商法雑誌七三巻五号八五頁(九四頁)。

(25) 「これを本件についてみるに、」[「上告人はシヨツピングセンター内で、他の賃借人に迷惑をかける商売方法をとつて他の賃借人と争い、そのため、賃貸人である被上告人が他の賃借人から苦情を言われて困却し、被上告人代表者がそのことにつき上告人に注意しても、上告人はかえつて右代表者に対して、暴言を吐き、あるいは他の者とともに暴行を加える有様であつて、それは、共同店舗賃借人に要請される最少限度のルールや商業道徳を無視するものであり、シヨツピングセンターの正常な運営を阻害し、賃貸人に著しい損害を加えるにいたるものである。したがつて、上告人の右のような行為は単に前記特約に違反するのみではなく、そのため本件賃貸借契約についての被上告人と上告人との間の信頼関係は破壊されるにいたつたといわなければならない。』と判断した。

(26) 最判昭和二十七年四月二五日民集六卷四号四五一頁(用法違反)、最判昭和二十八年九月二五日民集七卷九号九七九頁(無断転貸)、最判昭和三十五年六月二八日民集一四卷八号一五四七頁[賃料不払]、最判昭和三十六年七月二一日民集一五卷七号一九三九頁[無断増築]、最判昭和四一年四月二一日民集二〇卷四号七二〇頁[増改築禁止特約]等。

(27) このほかに、賃貸借契約にもとづいて信義則上当事者に要求される義務に反する行為について解除を認めたものとして、最判昭和四七年一月一六日民集二六卷九号一六〇三頁が重要である。

(28) ただ、問題を以上のように見てくると、この本質は、契約の解除を、債権者の契約目的(契約利益)の達成という観点からその可否を判断すべきであるということに、帰着するであろう。このような観点から、債権法改正においては、「契約の重大な不履行」という判断基準が採用されているといえるであろう(前掲・民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V——各種の契約(2)』三〇二頁)。

(29) 中田裕康『継続的取引の研究』(有斐閣、二〇〇〇年)二二二頁。

(30) 本稿においても、すでにみたように、解除の可否自体に加えて、その損害賠償義務が契約当事者のどちらに生じるか、ということが、当事者間の重要な法律関係の問題となっている。その意味で、この指摘が直接に妥当する場合である。

(31) Wolfgang Voit, Die außerordentliche Kündigung des Werkvertrages durch den Besteller, BauR 2002, 1776.

仕事完成前の注文者の解除

(32) いわゆる「継続的契約関係」ないし「継続的債権関係」概念は、多義的であり不明確である。そこで、たとえば、内田貴『民法Ⅱ〔第2版〕』（東京大学出版会、二〇〇七年）二〇頁は、一回の履行で契約関係が終了する売買のような契約を単発契約といい、賃貸借、雇用、消費貸借、寄託等のように、契約の存続期間を觀念でき、その間、履行が繰り返される契約を継続的契約（継続的債権関係）といい、新聞、ガス、電気等、種類で定められた物を一定の期間、一定の代金で供給する契約を継続的供給契約と呼び、継続的供給契約は、売買の一種であるが、性質は継続的契約である、とする（なお、同一〇七頁では、継続的契約の例として、賃貸借、雇用のほかに、委任、請負が挙げられている）。奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、一九九二年）三三頁～三四頁は、給付を、一時的（一回的）給付（家屋の引渡し）、回帰的（反復的）給付（新聞・牛乳の配達）、継続的給付（土地の賃貸借、電気・ガス・水道の供給）に区別し、雇用契約・労働契約は、回帰的であるとともに、一定期間継続的に給付がなされる（一日八時間）点で、継続的給付である、とされ、さらに、回帰的給付や継続的給付は、当事者間に継続的關係が生ずる結果、信義則や事情変更の原則が支配する程度が強くなるとこと、殊に、継続的給付については、継続的契約関係（継続的債権関係）として、一回的給付の關係とは異なる扱いが要請されることが、指摘されている。以上の説明に加え、これらの区別の実益は、債務不履行、解除の遡及効の場合にあり（前田達明『口述債権総論〔第三版〕』（成文堂、一九九三年）二二頁）、告知の適用がある（非遡及効）ことこそ継続的債権關係の標識であると解されている（米栖三郎『契約法』（有斐閣、一九七四年）三六五頁）。

また、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針V——各種の契約②』（商事法務、二〇一〇年）四〇三頁～四〇六頁においても、「継続的契約」概念について、この概念が、「多様な問題に関連して用いられる概念であり、すべての問題を通じて統一的な定義をすることは困難である」ことから、提案では、「主として、その終了時の規律という角度から定義を試みる」とし、【3・2・16・12】（継続的契約の定義）において、「継続的契約とは、契約の性質上、当事者の一方または双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約をいう。ただし、総量の定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約（以下『分割履行契約』という。）は、含

まれない。」と定義する。そして、ここにいう「契約の性質上」とは、「民法に規定された各種の典型契約の単位で継続的契約に当たるかどうかを区分するのではなく、当該契約の性質（現民法五四二条・五五九条参照）によって判定するという趣旨である。典型契約の中には、給付が継続して行われることが、その契約の本質的要素である場合があり、これが継続的契約に含まれることは当然である（賃貸借契約、雇用契約など）。これに対し、典型契約の中には、給付が単発で行われるべき契約と、ある期間継続して行われるべき契約のいずれもが含まれることもある（役務提供契約、委任契約など）。後者にあつては、契約当事者の具体的意思によって継続的契約とすることも可能であるが、多くの場合は、当事者の具体的意思が表明されているか否かにかかわらず、類型的に判断されることが多いだろう。『契約の性質』は、このような類型も含むという趣旨である。他方、単発の契約が、将来のある時点で履行されるというだけでは、履行期がかなり先であつたとしても、それは継続的契約とはいえない。」（四〇四頁。傍点は、筆者）とし、適用事例として、「役務提供契約、請負契約、委任契約は、債務の内容によつては、継続的契約となることもある。たとえば、月極めの清掃契約、会計事務処理契約、代理店契約は、継続的契約であり、クリーニング店とのドライ・クリーニング契約、結婚式で司会をする契約は、継続的契約ではない」（四〇六頁）と述べる。

以上の理解を前提とするならば、「継続的契約（債権）関係」概念においては、最低限長期間継続するかもしれない繰り返してなされる同種の給付であることを内容としている。これに対し、仕事の完成に一定の期間を必要とする請負契約においては、請負人の債務内容（給付）は、仕事の完成であり、仕事有形物である場合、完成された仕事を注文者に引き渡すものであるから、その部分に着目すれば「一回的給付」である。しかし、このような仕事の完成という請負人の債務は、いわば、無から徐々に完成に向かって形成されていくものであり、給付行為の具体的内容としての製作過程自体に一定の継続した期間を必要とし、それゆえ、その製作過程についても、債務不履行が生じうることからすれば、この意味で、注文者と請負人との間には継続的關係が生じることになるであろう。

(63) Voit, aa.O., 1776.

仕事完成前の注文者の解除

(34) (栗田哲夫『請負(民法コンメンタール)(ぎょうせい) 第一四巻』(ぎょうせい、一九八九年) 七一三―七一四頁)。前掲東京地判平成四年一月三〇日判タ八二五号一七〇頁も、注文者の、民法第五四三条の規定にもとづく解除を否定し、民法第六四一条の解除を肯定する実質的根拠を、以下のように説明している。「……右事実によれば、本件解除の意思表示がなされたのは昭和五八年一〇月二五日であるが、実質的には原告が工事の中止命令を出した同年六月二四日ころに、既に原告、被告間の信頼関係は完全に破壊されていたことが認められる。また、右中止命令を出したころ倉本が被告に対して述べていたクレームは、エレベーターホールと廊下との段差等二、三の事項にすぎなかったこと」「を考慮すると、その主たる理由は、原告が、もともと被告に対し不信任を抱いていた上に、被告が原告の要求どおりの工事をしていないとして不満を募らせた点にあると考えられる。そして、その後約四か月間話し合いがなされたが、結局折り合いが付かず、原告による解除の意思表示に至った経緯に鑑みると、原告が本件解除の意思表示をしたのは、表向きは債務不履行を理由とするものであるが、実質的には、被告に対する不信任が、解消できず、もはや被告による本件工事の継続を断念して原、被告間の契約関係を解消したいとの理由によるものであったということができるから、原告の本件解除の意思表示は、民法六四一条の規定による解除の意思表示をも含む趣旨でなされたものと解するのが相当である。」(傍点は引用者が付す。)

(35) しかし、その前半部分では、信頼関係の破壊とともに、「Xの意向に沿った建物を建築するという契約目的達成自体にも重大な影響を与えている」としている。この点を強調し、これを正当であると考えることができるのであれば(筆者はそのように考える。とりわけ、①③の付随的債務を考慮すれば、注文者の意向に沿った建物を建築するという契約目的(債権者利益)の達成であるところの要素たる債務に準じないしこれと同視しうると考えられるからである)、昭和四三年判決の法理によっても充分に処理できたものと考えられる。

(36) もっとも、このように複数の付随的債務の違反を考慮して信頼関係破壊を認定しなければならに要因の一つは、賃料滞納とか、書面による承諾のない借地上の建物の譲渡の如く、一義的明確性が欠けていることによると考えられるかもしれない(広中・前掲九二頁参照)。

第四 任意解除権の流用

一 債務不履行解除と任意解除権との関係——いわゆる「流用」の許否 本稿の冒頭で示唆したように、ここでの問題は、請負人の債務不履行を理由とした注文者の契約解除に対して、請負人の側から主張される、注文者の任意解除権（民法第六四一条）の主張が発端となっている。この問題は、これまで、注文者が請負人の債務不履行を理由として民法第五四一条によって契約を解除したが、債務不履行がないとされて解除の効力が否定された場合、この解除の意思表示をもって注文者の任意解除権の行使として解除が有効であるとすることはできるか、という問いとして論じられてきた。

この点につき、大審院の判例は、無効に帰した解除の意思表示をもって民法第六四一条による解除の効力が生じたものとすることはできない、として、否定している。⁽³⁷⁾ 学説も、通説的見解は、民法第六四一条による注文者の解除権は、注文者の利益を考慮した特殊なものであるので、解除に際してその旨を明らかにする義務があること、債務不履行なしとして解除の意思表示としては無効であることを信じて仕事を継続する請負人の不利益になることを考慮して、判例に賛成している。⁽³⁸⁾

もっとも、下級審の裁判例においては、本稿で紹介した裁判例以外において、早くから、債務不履行解除が認められない場合に任意解除権を認めて処理する傾向にあった。⁽³⁹⁾ 他方、委任の場合には、判例も学説も、⁽⁴⁰⁾ 債務不履行解除が無効な場合でも民法第六五一条による解除として有効であることを認めている。委任が当事者の信頼関係を基礎とすることを前提に、相手方の態度に疑念を抱いて解除した以上、債務不履行がない場合であっても委

任關係を終了させるのが当事者の通常の意思に適する、というのである。⁽⁴¹⁾

請負契約においても信賴關係破壊法理が妥当する類型があり、しかも、債務不履行に該当するか否かにかかわらず注文者・請負人間の信賴關係破壊が問題となる場面においては、少なくとも、注文者としては、委任の場合と同じように、請負契約の維持をこれ以上期待できないものとして、請負契約を終了させる趣旨を含むと解することも充分考えられる。それゆえ、仕事完成前に注文者が請負人の債務不履行を理由として解除してきた場合において、その主張が認められなかったとき、さらに、民法第六四一条の任意解除権の行使があったものとして処理することも認めうるとするのが相当であろう。⁽⁴²⁾

二 民法第六四一条の流用+過失相殺規定の類推適用 しかしながら、注文者の任意解除権の本来の立法趣旨は、注文者にとって不要となった仕事を完成させる必要はないという請負契約の特殊性にもとづくものである。もっとも、民法第六四一条は、契約の拘束力（契約は守らなければならない）に対する重大な例外であるから、まったくのフリーハンドではなく、解除に合理性を必要とし、①注文者にとって完成を必要としなくなった場合のみならず、②仕事は必要であるが、経済的理由から仕事の完成を望まない場合、③請負人に債務不履行はないが、信賴關係が失われるなどの理由から、その請負人による仕事の完成を望まない場合、が通常であるとされている。⁽⁴³⁾

そうすると、これらの解除事由のうち、確かに①②は、もっぱら注文者側の事由によるものであるけれど、③の場合は、たとえその信賴關係の喪失が債務不履行と評価されない場合であっても、この場合の解除を、すべて注文者側の事由として処理し、民法第六四一条の規定をそのまま適用するのは、常に注文者に損害賠償義務

を認めることになり、公平（衡平）ではない。しかも、個々の付随的債務の不履行があるけれども、それにより信頼関係が破壊されたとして解除が認められなかったことによる「流用」を認める場合には、なお一層不公平な結果を生じるであろう。既に見たように、以前の裁判例と異なり、最近の裁判例が、民法第六四一条の流用と同時に同第四一八条を類推適用しているのも、このような考慮にもとづき、当事者の利益状態を公平に処理しようとするものであることは明らかであろう。

(37) 大判明治四四年一月二五日民録一七輯五頁大阪高判昭和五五年八月八日判夕四二九号三三頁。なお、大判大正一五年一月二五日民集五卷七六三頁。

(38) 鳩山秀夫『増訂日本債権法各論下』（岩波書店、一九三四年）六〇三頁、末川博『債権各論第2節』（岩波書店、一九四一年）二九二頁、我妻・前掲書六五〇頁、六五一頁、広中俊雄『債権各論講義第六版』（有斐閣、一九九四年）二七五頁、星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、一九八六）二七〇頁。

(39) このような処理は、下級審においては、既にかなり以前から採用されている。

①福岡地判昭和三六年八月三一日下級民集一二卷八号二二六六頁は、「催告並びに契約解除の意思表示の当時原告に履行遅滞の責があつたものとは認め難く、したがって、原告の債務不履行を理由とする右契約解除はその努力（効力）を生じたものではないといわなければならない。しかしながら、請負契約にあつては民法六四一条により、請負工事未完成の間は注文者は何時でも損害を賠償して（但し解除と同時に損害賠償の提供を要するものではないと解される）契約を解除することができるのである。そこで訴外組合の前記契約解除は原告の債務不履行による解除としては無効であつても、右民法所定の解除として有効であると認めるのが相当である。すなわち右両者の解除は、その効果において多少の相違はあるけれども、訴外組合の真意は、いずれにせよ原告との請負契約の存続を欲せず、右契約関係を断絶することを主眼としたものと認められるから、この場合いわずの無効行為の転換の法理を適用するに支

仕事完成前の注文者の解除

障はないと解されるのである。」という。

②広島地判昭和四四年七月一日判時五七六号七五頁は、「本件工事の注文者たる被告が請負人たる原告が未だ本件工事を完成していない昭和三五年一〇月末頃本件請負契約を解除したものであるというべきであり、しかも右被告の解除は請負人たる原告の竣工遅延等の債務不履行を原因とする解除によるものではないと認めるのが相当である。したがって、本件請負契約が原告の債務不履行によって解除された旨の被告の主張は採用することができない。しかるところ、被告の前項認定の契約解除は民法第六四一条によるものと解されるので、同条の規定上被告において原告が解除により被った損害を賠償する義務のあることが明らかである。」という。

③東京高判昭和四七年五月二三日判時六八一号五〇頁（倉田卓次裁判官）は、「……原告の被告に対する本件契約上の債務は金銭債務であつて履行不能ということはありえないから、右のような催告を伴わない解除は効力を生ずるに由ない。他方、本訴における原告の解除は、定期行為における期限徒過に基づく被告債務の履行不能を理由とするものであつて、催告に関しては右とは別論であるが、原告からの第一回代金の支払についての認定が先に第三節で判示したとおりである以上、双務契約上の地位を保有する被告の債務の不履行を被告の責に帰すべきものと言うことはできないから、原告の解除の意思表示も、右の意味では効力を生じないものと言うべきである。／然しながら、民法第六四一条により、注文者は仕事未完成の間は請負人の損害―既に支出した費用と仕事を完成した場合の得べかりし利益の喪失―を賠償して契約の解除をなすことを得るのであるから、原告の意思表示に右の解除の効果を認めえないか否かを検討する余地がある。判例や学説はこれを否定しているが、当裁判所は、本件の場合にはこれを肯定しうると考えるものである。／思うに、債務不履行に基づく民法第五四一条の解除は、損害賠償請求を伴うのを通常とするのに反し、前記条文による注文者の解除は、逆に相手方の損害賠償請求を当然に伴うものであつて、両者は著るしく制度上の本旨と効用を異にするから、一般に両者間の相互流用が認められると解すべきものではあるまい。然しながら本件被告の請求は、注文者すなわち原告の本訴における解除の主張の後に、反訴請求としてなされ、その内容は、『既に支出した費用と仕事を完成した場合の得べかりし利益の喪失』とを損害として主張し、その賠償を求めるにあ

ったのである。このような場合には、反訴において被告が独自に主張した契約解除原因の成否とは別に、本訴における原告の解除の主張を民法第六四一条の解除がなされたものとして援用する旨黙示的主張があったと解することができる。本件原告は、その後の経過を含む弁論の全趣旨により、被告の右援用を争わなかったものと認められるのであるから、前記一般論と異なり、原告の解除に同条の解除としての効力を認めるべきである。そして、これを前提とする被告の損害賠償も、同条によるものとして、成否を判断せらるべきである。」という。

④京都地判昭和五八年一〇月六日判字一一〇八号二九頁は、「被告が工事に着工後完成する前に原告が履行遅滞を理由に契約を解除したことはいずれも当事者間に争いが無い。また、原告主張の履行遅滞が存しなかったことは前項に判断したところである。してみると、被告主張のとおり、原告の解除の意思表示は民法六四一条による解除とみるべきであり、原告は被告に生じた損害を賠償する義務がある。」とする。

⑤東京高判昭和五九年一月六日判字一一三八号八五頁は、「民法六四一条は、請負契約について、注文者が何時でもその契約を解除することができる権利を与えているが、そうであるからといって、注文者が請負人に債務不履行があつたとして民法五四一条、五四三条に基づいてなした解除の意思表示がその債務不履行責任が成立しないとの理由で効力を生じない場合において、無効行為の転換などの法理を適用して、当然に民法六四一条による解除の効果を認めるときは、自らの債務不履行責任がないことを確信して仕事の継続をした請負人を不当に害する結果となり、相当とは言えない。それゆえ右契約解除の意思表示が民法六四一条による解除の効果を生じたとする第一審原告の主張は採用し得ない。」として判例・通説の立場に立ちつつも、「次に、右解除に民法六四一条による解除の意思表示が含まれていたかどうかについて判断する。」として、以下のように述べ、民法第六四一条による解除を認めている。「第一審原告は右解除（注―履行遅滞を理由とする）の意思表示に先立って、第一審被告が工事内容の変更に応じないのであれば工事の再開を了承することができないとか、あるいは右変更に応じないのであれば、他の業者に請負させた」との意思を第一審被告に対し再三にわたって表明し、第一審被告も第一審原告との協議が成立しないかぎり、建物も完成しても第一審原告がこれを受領しないことを認識しており、互いに話合いのつかぬまま五年以上にわたって工

仕事完成前の注文者の解除

事が中断されていたのであり、このような事情に照らせば、第一審原告の右解除の意思表示には、もはや第一審被告には仕事の完成をさせず、第一審被告による工事の再開を断念して両者の契約関係を清算したいとの意思の表明も含まれていると解すべきであり、そうとすれば第一審原告主張のとおり予備的に民法六四一条による解除の意思表示がなされたと認めるのが相当である。」と。

⑥前掲東京地判平成四年一月三〇日判タ八二五号一七〇頁は、「請負契約においては、注文主は、目的物完成前であっても、目的物に重大な瑕疵があり、請負人が期日までに約定どおりの目的物を完成させることが不可能であることが明らかであって、もはや契約関係を継続させることが注文主にとって酷であって相当でないような場合には、民法五四三条の規定に基づき、請負契約を解除できると解すべきであるが、本件で認められる不良箇所は、「いづれも修補あるいはやり直しの可能な瑕疵であるか、あるいは解除を認めなければならないほど重大な瑕疵であるとは認められないものであって、契約関係を継続させることが注文主にとって酷であって相当でない場合であるとは到底いえない。したがって、原告の本件解除の意思表示は、民法五四三条の規定に基づき、注文者は建物完成前であれば何時でも自由に請負契約を解除できるとされているから、本件解除の意思表示が同条に基づく解除の意思表示の趣旨をも含むものと解することができる場合には、同条に基づく解除としてその効力を認めるべきである。」という。

(40) 大判大正三年六月四日民録二〇輯五五一頁。

(41) 我妻・前掲書六八九頁。

(42) 末弘嚴太郎『債権各論(全)』(有斐閣、一九一八年)七一八頁(注六一)は、民法第六四一条による解除は、同第五四一条による解除とは別物であるけれど、「本条ハ解除ノ為メ特殊ノ要件ヲ要求セザル故ニモ五四一二依リテ為シタル解除ガ無効ナル場合ニ於テモ之ヲ本条ニ依リテ有効ナリト主張スルヲ得。蓋注文者ハ結局契約ノ解除ヲ欲スルモノナレバナリ。」と解している。

(43) 栗田・前掲書七二三頁。もつとも、これに関しては、何らの理由づけも必要ない、とする見解を通説といつてよ

いかもしれない（幾代Ⅱ広中（打田・生熊）前掲書一七〇頁）。

第五 結びに代えて

本稿では、請負契約において、仕事完成後に主として問題となる瑕疵担保責任ではなく、仕事完成前において注文者が請負契約を解除する場合につき、最近の裁判例を念頭に置きつつ、とりわけ信賴関係破壊法理と注文者の任意解除権（民法第六四一条）の流用の問題に照準を合わせて、若干の整理を試みた。とりわけ、注文者によって主張されるこれらの解除手段においては、いずれの場合も、注文者は請負契約の維持を期待できないものとして、その解消を望んでいる点で共通性を有するものの、信賴関係破壊法理が妥当する債務不履行解除と任意解除権とは、解除後の効果、とりわけ損害賠償請求の方向性が転回する点に決定的な違いがあり、このための考慮が、重要な課題となることが判明した。下級審の裁判例は、この考慮を、民法第四一八条（過失相殺規定）の類推適用の援用により具体化していることも、明らかとなった。

もつとも、これらの整理から、新たな解釈論上の課題も浮上する。

まず、信賴関係破壊法理において問題となった付随的債務の内容を、請負契約の目的、とりわけ注文者の契約利益という観点から、裁判例の実態をも参考にしつつ、より構造的に明らかにすることが必要となる。

つぎに、仕事完成前における注文者と請負人との間における信賴関係の喪失の場面を公平に処理するために、ここでの責任の在り方をオール・オワ・ナッシングではなく、両者に公平な危険（責任）分配をすることが妥当であるとしても、これを民法第四一八条の類推という法的構成によりで処理することが果たして最善であるのか、

は一個の問題である。とりわけ、民法第六四一条の適用においては、債務不履行とまではならない、注文者・請負人間の信頼関係の喪失の場合も含まれているとする、学説を考慮するならば、そもそも、民法第六四一条の規定自体についても、再考の余地があるように思われる。この点は、請負契約の類型のなかでも、本稿で問題とした建築請負（建設工事）契約や電算システム開発契約のように、継続的契約（債権）関係と類似の状態を觀念でき、それゆえに、仕事完成前において信頼関係の破壊ないし喪失を問題としうる場合には、委任の場合の解約と類似する側面を有することにもなろう。このような場合には、より細分化した利益衡量を必要とするであろう。これらの点を視野に入れた、民法第六四一条における要件論・効果論を再検討する必要がある。

以上の点を筆者の課題として、本稿をひとまず閉じる。

Rücktritt oder Kündigung des Bestellers in der Zeit vor der Fertigstellung des Werkes

Tsuyoshi HARADA

1. Der Dienstvertrag hat eine zeitlich gestreckte, gleichbleibende Leistungserbringung zum Gegenstand. Anders als beim Dienstvertrag sind die Leistungen beim Werkvertrag auf das Ziel des Erfolges aller unternehmerseitigen Bemühungen gerichtet, der sich zum Zeitpunkt der Abnahme der Leistungen einstellen soll. Vor diesem Zeitpunkt hat es daher grundsätzlich allein der Werkunternehmer in der Hand, in welcher Weise und mit welchen Mitteln er erreichen will, dass seine Leistungen zum Abnahmezeitpunkt dem Besteller abnahmefähig zur Verfügung stehen. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Bestellers im Leistungserstellungszeitraum sind also demgegenüber begrenzt.

2. Der Werkvertrag zählt regelmäßig zu den auf einen punktuellen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnissen. Er weist doch wie z.B. beim Bauvertrag gegenüber Austauschverträgen Besonderheiten auf.

Dabei ist für den Werkvertrag nicht nur charakteristisch, dass eine bestimmte Zeit bis zur Fertigstellung des Werkes vergeht, sondern auch dass in dieser Zeit das Werk erst unter der Verantwortung des Werkunternehmers hergestellt werden muss, und deshalb die Fähigkeiten des Werkunternehmers und das Vertrauen des Bestellers in diese Fähigkeiten von erheblicher Bedeutung sind. Betrachtet man daher die Dauer der Zeit, die bei der Anfertigung des Werkes grundsätzlich vergeht, so können während dieser Zeit Umstände eintreten, die den Besteller zur Beendigung des Werkvertrages veranlassen. Solche Umstände können darin liegen, dass der Besteller nun das Werk nicht mehr benötigt, sie können aber auch in einer Störung der Vertrauensgrundlage zwischen den Vertragspartnern liegen.

3. Nun regelt das Japanische BGB (im folgenden JBGB), dass der

Besteller das Rücktrittsrecht in der Zeit vor der Fertigstellung des Werkes auf Grund der schuldhaften Nichterfüllung nach § § 541, 543 JBGB und gemäß freiem Willen des Bestellers nach § 641 JBGB ausüben kann. In der Praxis ist aber die Möglichkeit des Rücktrittes (oder der Kündigung) durch den Besteller (Auftraggeber) wegen der Störung des Vertrauensverhältnisses durch den Bauunternehmer von erheblicher Bedeutung. In solchem Fall lassen einige Landesgerichte und Berufungsgerichte dann den Rücktritt gemäß freiem Willen durch den Auftraggeber zu, wenn die Störung des Vertrauensverhältnisses durch den Bauunternehmer auf die schuldhafte Nichterfüllung des Bauunternehmers nicht zutreffen. Dabei wenden die Gerichte § 418 JBGB analog auf diesen Fall an.

4. Als mein Forschungsthema sollen die folgenden Standpunkte herausgearbeitet werden.

- (1) Voraussetzungen der Störung des Vertrauensverhältnisses durch den Bauunternehmer für die schuldhafte Nichterfüllung.
- (2) Die Geltung der Analoganwendung des § 418 JBGB sowie die Überprüfung der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen des § 641 JBGB.